
Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?

New Righths: ¿The End of an Era?

Carolina PEREIRA SÁEZ

Universidade da Coruña
cpereiras@udc.es

RECIBIDO: 28/03/2017 / ACEPTADO: 01/06/2017

Resumen: Los derechos humanos, nacidos para limitar el poder y garantizar el respeto a todas las personas, han evolucionado claramente a lo largo del tiempo. Los derechos postmodernos, conocidos como «nuevos derechos» o «cuarta generación de derechos», tienen algunos rasgos que hacen difícil comprenderlos como simplemente un paso más, el último hasta ahora, de esa evolución. El papel de la persona en estas libertades postmodernas ha cambiado hasta tal punto que esos nuevos derechos pueden terminar funcionando como instrumentos del poder político o como una nueva ética, que impone deberes a las personas, pero rara vez como libertades políticas del ciudadano. Los nuevos derechos se estarían alejando, por tanto, de la finalidad originaria de los derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, persona, libertad, igualdad.

Abstract: Human rights, born once to limit power and to guarantee respect for all human persons, over time have evolved clearly. Those postmodern rights, known as «new rights» or the «fourth generation of rights», have some traits that make difficult to understand them as just a further step, the last so far, of that evolution. The role of the person in these postmodern liberties has changed to such an extent that those new rights can end up working as instruments of political power, or as a new Ethics imposing duties on people, but seldom, if ever, as political liberations of the citizen. New rights are so diverging from the original purpose of human rights.

Keywords: human rights, person, freedom, equality.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación» (DER 2014-52811-P), dirigido por José Antonio Seoane y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

Se agradecen los comentarios y críticas de los profesores Carlos Ignacio Massini y Richard Stith, sin los cuales los errores de este trabajo serían mucho mayores.

I. INTRODUCCIÓN: LA CLAUSURA DE UN CICLO

Los derechos humanos, constitucionales o fundamentales¹ nacieron para limitar al poder político, como garantías de respeto a los ciudadanos (en primer lugar, a su vida, su libertad y su propiedad²). Esas garantías funcionaban en el ámbito público, principalmente frente al poder político, y amparaban bienes que interesaban a todos los ciudadanos, porque protegían al ser humano en cuanto ciudadano de una comunidad política. Hoy, sin embargo, encontramos derechos o pretensiones de derechos³ de última generación entendidos como instrumentos a través de los cuales los poderes políticos nos garantizan aspectos propios de la interioridad de la persona, incluso de la personal visión omnicompreensiva, o relativos a la nuda vida. Su objeto no siempre tiene trascendencia política, ni siquiera pública, aunque los hayamos trasladado a la arena pública y política –judicializando y convirtiendo en guerra cultural aspectos de nuestra vida que hasta hace no mucho consideramos ajenos a estos ámbitos–. En ocasiones, reflejan un modelo de ser humano⁴ y, con ello, una ética –una nueva religión mundial, según Stith⁵– cargada de deberes.

¹ Existen distintas denominaciones con distintos significados según la tradición jurídica a que pertenezcan: en las tradiciones británica, americana y francesa –*civil rights*, *civil liberties*, *libertés publiques*– se subraya la ausencia de interferencia estatal, mientras que en los *Grundrechte* alemanes destaca su papel de fundamentación de todo el orden constitucional y la concepción de los derechos como valores positivizados, lo que facilita admitir su eficacia frente a terceros, que veremos plenamente desplegada en los nuevos derechos. En este trabajo se hace referencia, en general, a los derechos que corresponden al ser humano en virtud de un título propio, no a los derechos como facultades subjetivas de acción procesal, muy conocidos desde Roma, donde más que derechos en el sentido actual eran acciones reconocidas por el pretor.

² Así, ya en *Segundo Tratado del Gobierno* de LOCKE. Cfr. también ELAZAR, D., «How Present Conceptions of Human Rights Shape the Protection of Rights in the United States», en LICHT, R. A. (ed.), *Old Rights and New*, Washington, American Enterprise Institute, 1993, pp. 38-50, *passim*.

³ Muchas veces no son derechos en sentido jurídico estricto, directamente exigibles ante un juez, por lo menos por ahora, pero no por eso han de ser ignorados: por un lado, porque el *soft law* hoy desempeña un papel en el razonamiento de jueces y operadores jurídicos; por otro, porque muchos de los que llamamos comúnmente «derechos» tampoco son en sentido estricto directamente exigibles ante un juez.

⁴ Según Schall, los derechos humanos pueden llegar a entenderse como un proyecto ideológico a través del cual se impone una *man-made* visión del hombre en el ámbito público (cfr. SCHALL, J., «Human Rights as an Ideological Project», *The American Journal of Jurisprudence*, 32 [1987], pp. 47-61, p. 53).

⁵ STITH, R., «If Dorothy Had Not Had Toto to Pull Back the Wizard's Curtain: The Fabrication of Human Rights as a World Religion», *Valparaiso University Law Review*, 44, 3 (2010), pp. 847-862, *passim*.

¿Cuáles son y dónde están? Los encontramos en la interpretación judicial de normas jurídicas de pretensión omnipresente, que se pronuncian sobre todo lo que afecta a la persona, hasta lo más íntimo, incluso pensamientos e intenciones. Están, también, en declaraciones internacionales que en sentido estricto son de *soft law*, como las de distintos comités de la ONU o las instituciones europeas cuando se pronuncian sobre cuestiones en las que no son competentes. Muchas veces son pretensiones de grupos de presión, que en principio no pasan de ser eso, pretensiones, pero que, efectivamente, hacen presión; o pueden ser sólo propuestas de algunos grupos de científicos, como en el caso del mejoramiento humano o la venta de órganos⁶. No siempre mantienen su pretensión de frenar al poder, y pueden contribuir a la desafección política tan visible en nuestras sociedades: el ciudadano preocupado de hacer realidad la visión de su humanidad que los nuevos derechos le garantizan, puede hacerlo sin que ello implique ningún tipo de resistencia a un poder postdemocrático, cada vez más parecido al inmenso poder tutelar que preveía Tocqueville. Y, mientras las respuestas al nuevo terrorismo y a la crisis política y económica que sufrimos desde 2008 han afectado a nuestros derechos clásicos, no parecen afectar del mismo modo a los de última generación.

¿Cómo se ha producido ese cambio? Ha de tenerse en cuenta que es un cambio que todavía no se ha completado, sino que se está produciendo en el momento en que se escriben estas líneas, por lo que falta la perspectiva necesaria. Por tanto, no se ofrece aquí una respuesta completa y sistemática, sin im-

⁶ Es interesante el caso de Canadá, donde la *Rights Revolution* ha sido rápida y eficaz. En el informe *The Evolution of Human Rights in Canada* publicado por la *Canadian Human Rights Commission*, sus autores (D. Clément, W. Silver y D. Trotter) entiende que son tema de derechos humanos hoy la prostitución, la orientación sexual, la eutanasia y el aborto, entre otros (p. 43). Por supuesto que este informe no tiene fuerza jurídica vinculante y expresa las opiniones de sus autores, no necesariamente de la Comisión (accesible en <http://www.chrc-ccdp.ca/sites/default/files/ehrc_edpc-eng.pdf> [consultado: 27/03/2017]). Puede verse también MEZZETTI, L., «I nuovi diritti», en ID. (ed.), *Diritto Costituzionale. Casebook*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2013, pp. 586-639, *passim*, en donde se recoge jurisprudencia italiana en la que aparece alegado, por ejemplo, el derecho a no nacer si no es sano (que el tribunal, con buen sentido común y jurídico, no reconoció: Corte di cassazione, Sez. III civile, sent. 29 de julio de 2004, n. 14488) o el aborto como derecho y no sólo como conducta despenalizada, que implica que la falta de información por parte del médico, que hace que la madre no decida abortar, implique un daño también para el padre ya que, como consecuencia del comportamiento del médico, es padre de un «*bambino anormale*» (Corte di cassazione, Sez. III civile, sent. de 4 enero de 2010, n. 13).

precisiones ni afirmaciones provisionales algunas, sino que se apuntan trazos que ayuden a construir un mapa, quizá todavía embrionario. No se pretende definir los nuevos derechos sino, más modestamente, llamar la atención sobre lo que no son. Como no son un grupo unitario, no forman una clara categoría nueva de derechos, y lo que se propone a continuación no se predica de todos ellos ni en el mismo grado, ni se está produciendo por igual en todas las culturas jurídicas. Algunos de sus rasgos están ya en ciertos derechos de generaciones anteriores. Sin embargo, se sostiene aquí que los nuevos derechos no son simplemente un paso de una evolución que arranca en los derechos civiles y políticos, pasa por los derechos sociales y de la solidaridad y llega a nuestros días sin solución de continuidad, sino que implican un cambio de paradigma. El elemento esencial de ese cambio es que en ellos se desdibuja su tradicional condición de *hominum causa*⁷, porque no parecen presuponer claramente una naturaleza humana. Esto es: el ser humano libre y responsable, igual en su singularidad, ya no es, claramente, el sujeto del Derecho, sino que parece ser tratado como objeto de la norma⁸.

II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

La evolución de los derechos desde las primeras declaraciones hasta nuestros días se suele separar en, por lo menos, tres generaciones de derechos. A grandes rasgos, podríamos distinguir⁹, primero, una fase de prehistoria de los derechos, medieval, con derechos no universales, recogidos en cartas y documentos, muchas veces pacticios, como la Carta Magna de 1215. En segundo lugar, una fase clásica, que abarca desde los primeros derechos vinculados al constitucionalismo en el siglo XVII (como los de la *Petition of Rights* de 1627 o el *Bill of Rights* de 1688), incluye las primeras declaraciones de derechos clásicas, del siglo XVIII, influidas todas ellas –a pesar de sus diferencias– por el

⁷ Digesto, 1.5.2: todo el Derecho existe por causa del hombre.

⁸ Cfr. ROMANO, B., «Filosofía del Derecho», en *Estudios de Derecho*, LXIV, 144 (diciembre, 2007), pp. 38-56, pp. 50, 55-56 y *passim*, y *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo «perfetto»: trenta tesi per una filosofia del diritto 2005-2006*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 86, entre otros muchos lugares, y *passim*.

⁹ Sobre las generaciones de derechos y su evolución cfr. PEREIRA MENAUT, A. C., *Lecciones de teoría constitucional*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, pp. 452 y ss.; SEGOVIA, J. F., *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, *passim*.

pensamiento de Locke, como la *Declaración de Virginia* o la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, y llega hasta las Guerras Mundiales. En esta fase los derechos, de inspiración liberal, son sobre todo políticos y negativos, tendentes a limitar al gobernante garantizando un área individual libre de la interferencia del poder.

Las dos guerras mundiales marcan el inicio de otra fase en la que la protección de la libertad y la participación política da paso a la garantía de la igualdad material y la seguridad por parte del poder político. Se desarrolla así la segunda generación de derechos, que tratan de proteger a los más desfavorecidos mediante la intervención positiva del poder político. Evolucionan desde los derechos de primera generación socializando derechos individuales –más que reconocer, en sentido estricto, derechos nuevos–: así, por ejemplo, entienden que la libertad sólo puede ser real a partir de unas condiciones mínimas de igualdad material, como la del art. 9.2 de la Constitución española, diferente de la igualdad formal del 14. Por otro lado, abren la senda de la estatalización de los derechos ya que su realización depende en gran parte del poder político: son derechos-prestación o derechos positivos, que exigen una actuación positiva para su respeto¹⁰, y en ocasiones se orientan a metas más político-sociales (normalmente inalcanzables sólo por el Derecho, como el pleno empleo) que jurídicas.

La tercera generación, del último tercio del siglo XX, es la de los derechos de la fraternidad o de la solidaridad (según Vasak, aunque no es una clasificación indiscutida): son, muchas veces, derechos colectivos como el derecho al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc. Evolucionan desde los derechos de segunda generación en la línea de la amplitud y des-juridificación de las metas propuestas (si un juez no tiene capacidad para garantizar a todos puestos de trabajo, menos aún la tiene para garantizar la paz) y de la apertura a la intervención del poder político: el derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, ampliaría muchísimo las competencias de un gobernante que se comprometiera seriamente a garantizarlo. Al entenderlos como valores (la paz), o metas (el desarrollo), y no derechos en sentido jurídico estricto, se evitan los inconvenientes que supondría reconocerlos como auténticos derechos (que ningún juez podría garantizar). Considerarlos «derechos» es sólo resaltar su condición de aspiración legítima.

¹⁰ Cfr. SCHALL, J., «Human Rights...», cit., p. 59.

III. LA NOVEDAD DE LOS NUEVOS DERECHOS

En este trabajo se sostiene que los nuevos derechos (¿de «cuarta generación»?) no son simplemente un paso más en esta evolución. ¿Cuáles son? No es fácil identificarlos, salvo con un criterio negativo, como «los derechos posteriores a la tercera generación de derechos». En muchos casos no son, por el momento, Derecho en sentido estricto, sino que se recogen en documentos de *soft law* de órganos supranacionales e internacionales, como los muy activos comités de la ONU (como el CEDAW), o las instituciones de la Unión Europea cuando se pronuncian sobre cuestiones que no son de su competencia; en propuestas de grupos de presión¹¹ y, en gran medida, en la jurisprudencia, cuando interpreta derechos clásicos de manera realmente creativa¹² (es significativa, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). A veces no pasan de ser pretensiones que alegan las partes y que finalmente no son reconocidas por los tribunales¹³. No son todavía una categoría bien definida ni unitaria, equivalente a la de derechos civiles y políticos o sociales. Se encuentran entre ellos derechos que podrían llamarse de la personalidad (aunque

¹¹ Cfr. GLENDON, M. A., «La soportable levedad de la dignidad», *Persona y Derecho*, 67 (2012/2), pp. 253-262, pp. 256-257. Los grupos de presión buscan en los derechos humanos el amparo de la legitimidad.

¹² En el caso Artavia, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que los artículos 5.1 (relativo a la integridad personal), 7 (relativo a la libertad personal), 11.2 (relativo a la privacidad) y 17.2 (referido al derecho a fundar una familia) exigían a Costa Rica financiar la fecundación *in vitro* a través de la Caja Costarricense del Seguro Social y realizar una campaña sobre los derechos de las personas infértiles a utilizar dichas técnicas (cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, n° 257, párrafos 317-380). Puede verse un estudio en CASTALDI, J. L. DE, «Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos», *Revista Internacional de Derechos Humanos* VI, 6 (2016), pp. 171-229.

¹³ En el caso Pretty, por ejemplo, se alegaba que la prohibición del suicidio asistido vulneraba los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura), 8 (respeto a la vida personal y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. TEDH, sección cuarta, caso Pretty vs. United Kingdom. Sentencia de 29 de abril de 2002). En la reciente sentencia Paradiso y Campanelli vs. Italia (24 de enero de 2017), la Gran Sala del TEDH revoca una sentencia de 27 de enero de 2015, de la sección segunda del TEDH, que había condenado a Italia por entender que no reconocer eficacia jurídica en Italia a un certificado de nacimiento ruso de un niño nacido en Rusia mediante contrato de alquiler de útero (prohibido por el Derecho italiano), vulneraba el derecho a la vida familiar. La Gran Sala, además de revocar ese juicio, reconoce la competencia exclusiva de las autoridades italianas para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales y entiende que los tribunales italianos sopesaron convenientemente el interés del niño.

no en el sentido que tienen en el Derecho civil), esto es, derechos referidos a cuestiones personales como la elección y expresión de la propia identidad, las relaciones interpersonales (entre abuelos y nietos, por ejemplo¹⁴), el amplísimo ámbito de la reproducción, de la salud, identidad genética, identidad de género, modificación genética de la descendencia, eutanasia, etc. Y aunque esto no es exclusivo de los derechos de última generación (pensemos en el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a un proyecto de vida, por ejemplo, recogido hace mucho en nuestras constituciones), sí hay una diferencia entre las anteriores generaciones de derechos y la actual: los nuevos derechos, en cierta medida, tienen por objeto al ser humano. Piénsese en algunas de las conductas que se proponen como objeto de nuevos derechos: vender los propios órganos, exigir el cumplimiento de un contrato de alquiler de vientre para gestar un niño, la modificación genética en línea germinal, el diseño de los hijos, el diseño de la propia muerte, y en general todo el amplio panorama de relaciones entre el Derecho o el poder político y el cuerpo propio (y ajeno). Y esto ocurre no sólo en el ámbito del cuerpo, la salud y las posibilidades derivadas de la biomedicina y la técnica, sino en todo el ámbito de la identidad o de la expresión y desarrollo de la propia personalidad. Así, forman parte de un Derecho que, más que presuponer a la persona humana, la coloca en su mesa de operaciones e interviene para que empiece a existir, para que desarrolle su personalidad mientras vive, para apreciar cuándo corresponde que muera¹⁵. Encontramos, así, derechos cuyo titular es un sujeto de una humanidad debilitada, en la que el Derecho ha de interferir –haciendo, aunque sea inconscientemente, un juicio sobre el bien humano: es algo que el Derecho puede garantizar–. Los derechos clásicos protegían al ser humano; los siguientes, le dieron recursos, y los nuevos le tratan como objeto.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS español 359/2013, de 24 de mayo.

¹⁵ Afirman Bauman y Donskis que «nacimiento, muerte y sexo constituyen las nuevas fronteras de los campos de batalla políticos. Puesto que la política se está extinguiendo como traducción de nuestras preocupaciones morales y existenciales en una acción racional y legítima para beneficio de la sociedad y la humanidad [...] no es imprudente asumir que una rápida politización de la privacidad y la historia promete una salida al presente vacío político e ideológico. Basta recordar los encendidos debates sobre el aborto, la eutanasia o el matrimonio gay en los últimos veinte años para concluir que el pobre individuo, no importa que esté en trance de nacer, o morir o consumir un matrimonio, continúa siendo concebido como una propiedad del Estado y sus instituciones o, en el mejor de los casos, como un mero instrumento y rehén de una doctrina política» (BAUMAN, Z. y DONSKIS, L., *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida* [trad. de A. F. Rodríguez Esteban], Barcelona, Paidós, 2015, p. 44).

Es cierto que tampoco los derechos de generaciones anteriores respetaban la estructura clásica de los derechos (piénsese, por ejemplo, en el derecho a una vivienda digna, o en los derechos de los trabajadores, o en el derecho a un medio ambiente sano), pero los nuevos derechos reflejan indicios de un cambio no solo de estructura, sino en la manera en que el Derecho entiende al ser humano¹⁶. Es significativo que entre los derechos que se proponen hoy estén los derechos de los animales, que carecen de libre albedrío y no reivindican nada. El papel del ser humano en el Derecho ya no es claramente el de un sujeto que toma decisiones, libre y responsable¹⁷. Así, por ejemplo, en el Derecho de hoy aumentan las disposiciones de *ius cogens* y disminuyen las dispositivas; se tiende a entender la responsabilidad en sentido objetivo, y cualquier actuación o comportamiento es reducible a una situación que coincide con un supuesto de hecho de alguna norma, activando así la aplicación de la normativa correspondiente¹⁸. Pero es que los derechos viven en el Derecho y éste, a su vez, no es planta sin tierra, y las propuestas post- y anti-humanistas¹⁹,

¹⁶ Que los animales no sean titulares de derechos no implica, por supuesto, que no les debemos respeto; pero los derechos no dejan de ser instrumentos inventados por los hombres para relacionarse entre sí, por lo que tratar de aplicar la categoría «titular de derechos» a los animales puede ser entendido como un intento de «humanizarlos», poco respetuoso, en realidad, con su propia naturaleza.

¹⁷ Es muy interesante el análisis de esta falta de atención a la persona libre por parte del Derecho actual en ROMANO, B., *Scienza giuridica...*, cit., *passim*.

¹⁸ En España, por ejemplo, nos resulta casi estrambótico que alguien pretenda alegar algo, ni siquiera razonable, a una multa de tráfico si su situación coincide con la que la norma sanciona, o que pretenda reclamar la recaudación del impuesto sobre la renta haciendo otra cosa que marcar casillas.

¹⁹ Cfr., por ejemplo, ARSLAN, Z., «Taking rights less seriously: postmodernism and human rights», *Res Publica* 5 (1999), pp. 195-215, donde afirma que el postmodernismo es incompatible con los derechos por su hostilidad hacia los conceptos de sujeto autónomo y universalismo. El posthumanismo niega al hombre (el hombre no es más que biología; en la biología se puede intervenir técnicamente, y el resultado es posthumano). Nada de esto ha surgido de la noche a la mañana, con los actuales post-humanistas, sino que puede remontarse al anti-humanismo anterior a las dos guerras mundiales. La reacción de la segunda postguerra ralentizó, pero no evitó, su avance. Sobre la incidencia de la biotecnología y el posthumanismo en los derechos humanos cfr. BALLESTEROS, J. y FERNÁNDEZ, E. (eds.), *Biotecnología y posthumanismo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, *passim*. Por otro lado, para la mentalidad biologicista el hombre no se distingue esencialmente del animal. Las propuestas de reconocer a los animales como sujeto moral no siempre responden a un juicio sobre el respeto que debemos a los animales, o un juicio de benevolencia universal, sino a la negación de la diferencia entre el ser humano y cualquier otro ser con capacidad para sentir. En Peter Singer, por ejemplo, la defensa de los derechos de los animales como reacción ante el «especismo» es consecuencia de la negación de la excelencia humana (SINGER, P., *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista* [trad. de C. Monloíño], Madrid, Taurus, 2011, pp. 37 y ss).

al lado del avance de la ciencia y de la técnica en su posibilidad de intervenir en el mismo ser humano con su espíritu de dominación y de poder²⁰, no podían dejar de afectarlo. Si el hombre se puede explicar *por completo* en un laboratorio no es, al fin y al cabo, sustancialmente distinto de las algas y amebas²¹.

Es cierto que, precisamente porque la ciencia y la técnica han entrado ya en el interior del ser humano, el Derecho no pueda evitar hacerlo. Sin embargo, que el Derecho haya de intervenir detrás de la ciencia y de la técnica no significa que haya de asumir ciegamente los criterios científicos y técnicos; no ha de renunciar a su dinámica y criterios propios, mucho más antiguos y respetables que los de la ciencia²². Esto es, que la ciencia y la técnica pongan al ser humano en su mesa de operaciones no implica que el Derecho, cuando se le pide que se pronuncie sobre las implicaciones jurídicas de esa actuación, también haya de hacerlo. Si todo en el ser humano –hasta lo más trascendente o lo más íntimo– es susceptible de ser gestionado por el Derecho, igual que puede ser gestionado por la ciencia y la técnica, poca cosa es el ser humano, creador de ese Derecho. El Derecho, por el contra-

²⁰ Cfr. POSSENTI, V., *La Revolución Biopolítica* (trad. de J.M. Garrido), Madrid, Rialp, 2016, *passim*. Possenti subraya que la técnica no es neutra, sino que tiene su propia dinámica, la del poder hacer, y tiende a ir hasta que encuentra límites, con independencia de los problemas morales, jurídicos o políticos en juego (pp. 138-142). Cfr. también HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»* (trad. de M. Jiménez Redondo y M. Garrido), Madrid, Tecnos, 1992, en especial pp. 53 y ss.

²¹ GREGORY, B., *The Unintended Reformation: How a Religious Revolution Secularized Society*, Cambridge (Mass.)-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2012, pp. 70-73.

²² El Derecho –como se puede constatar rastreando su historia con un mínimo de sentido jurídico– tiene alma y cuerpo, instituciones que, desde el Derecho romano, el Fuero Juzgo o las Siete Partidas han perdurado a lo largo de los siglos; criterios propios, como la protección del tercero inocente, o del poseedor de buena fe, de pactos y contratos, la libertad contractual o la imparcialidad procesal, y un ámbito propio, que exige alteridad y paridad ontológica. Por eso ha ofrecido siempre un mínimo de resistencia a la arbitrariedad y al despotismo del poder. Escribe Possenti (*La Revolución...*, cit., p. 140): «Se pide que el Derecho avale a priori todo lo que ofrecen la tecnociencia y el mercado. A este resultado contribuye el nihilismo jurídico, que pierde el sentido mismo del derecho, se expone a continuas incursiones extrañas, y cede ante el mercado, el poder y la voluntad dominante [...], volviéndose heterónomo». Sobre el nihilismo jurídico puede verse la obra de Romano ya citada; por otro lado d'Ors sostenía, hace ya varias décadas, que estamos en una época de vulgarismo jurídico. Ejemplos de vulgarismo serían la simplificación de conceptos jurídicos, la pérdida o deterioro de las tradiciones jurídicas occidentales, o la sustitución de un Derecho de relaciones por un Derecho de situaciones. Ejemplos de nihilismo jurídico serían el aumento del Derecho cogente junto con la alarmante disminución del Derecho dispositivo, la conversión de la ley en efímera medida de gobierno o la locura de la incesante sustitución de unas normas por otras, a menudo triviales y de corta vida, con lo cual no generan mucha *prudentia iuris*.

rio, necesita presuponer al hombre porque sabe que, en cuanto sujeto de Derecho, no lo puede desmenuzar en un análisis que ofrezca un significado completo –a diferencia de la ciencia y de la técnica cuando lo tratan como ser vivo o conjunto de células–.

Los que aquí se llaman nuevos derechos no buscan garantizar la libertad frente al poder político (como hacen los de primera generación), ni convertir en materiales los anteriores derechos formales, interviniendo en las condiciones socio-económicas (como los de segunda generación), o en sus resultados, esto es, en las consecuencias y efectos colaterales de un modo de vida (tercera generación²³). Se orientan, más bien, a liberar al ser humano de su propia naturaleza, tanto de unas pautas éticas que se entendían basadas en la naturaleza humana (como cuando se propone la compraventa de órganos²⁴), como de esa misma naturaleza (como ocurre con la manipulación genética profunda²⁵). No pretenden garantizar lo bueno, como las generaciones de derechos precedentes²⁶; más bien parecen responder a la idea de que «lo bueno» en el ámbito del comportamiento libre no tiene definición –y no puede tenerla, si es que de verdad es libre–. De ahí, también, su dimensión muchas veces individualista e incluso, en ocasiones, antisocial (piénsese en el mejoramiento humano, por ejemplo, que produciría en la práctica un gran aumento de la desigualdad y una diferencia entre personas mejoradas y no mejoradas, para las que ninguna

²³ No es esto lo único que distingue a las generaciones de derechos; también es peculiar el avance en des-juridificación de aquello que se pretende y la falta de eficacia jurídica directa, en sentido estricto, de las proclamaciones. Declarar que una necesidad o aspiración X está amparada por un derecho no resuelve la cuestión si el juez no tiene competencia para adjudicar sobre ello –pensemos, por ejemplo, en el derecho universal al agua potable–. Por supuesto que es una aspiración legítima y debe ser tenida en cuenta por los poderes políticos pero, sin eso, poco podrá hacer el juez para garantizarla. Por otro lado, no todo lo que es bueno para el ser humano (o deseable, o necesario para alcanzar sus fines) es su derecho sino sólo, en sentido estricto, lo que le ha sido atribuido (sea por la naturaleza sea por una disposición positiva).

²⁴ Propone utilizar incentivos económicos para mitigar la escasez de órganos Blumstein (cfr. BLUMSTEIN, J., «La legalización del pago de órganos de cadáveres para trasplantes», en THOMASMA, D. y KUSHNER, T. (eds.), *De la vida a la muerte: ciencia y bioética* (trad. de R. Herrera), Madrid, Cambridge University Press, 1999, pp. 136-150). Su propuesta es la venta de órganos de cadáveres con antelación a través de contratos de futuro, y considera que la oposición a experimentar con la venta de órganos está basada en el prejuicio, no en la razón.

²⁵ Que para algunos, como John Harris, puede ser un deber ético. Analiza algunas razones que lo desaconsejan HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?* (trad. de R. S. Carbó), Barcelona, Paidós, 2001, *passim*.

²⁶ Como veíamos, a medida que avanzan las generaciones los derechos se orientan más a lo bueno o deseable que a lo estrictamente justo. ¿Una muestra más de vulgarismo jurídico?

respuesta teórica parece suficiente²⁷). Si no compartimos una naturaleza humana no somos, en realidad, esencialmente iguales.

Por otro lado, este relativismo –insostenible en la práctica, porque la anomía es impracticable– anula nuestra capacidad de resistencia ante la inundación de nuestras sociedades por los criterios de lo políticamente correcto. Ante preguntas como ¿es bueno el mejoramiento humano?, ¿es buena la intervención genética en línea germinal?, ¿es bueno que institucionalicemos en nuestras sociedades la dispensación de la muerte?, ¿es bueno que los órganos humanos puedan comprarse y venderse?, etc. la respuesta que subyace a los nuevos derechos es que sólo podemos decir que es bueno que sean libres, para que cada uno decida –como si no hubiera razones para dudar de la libertad real de decisión del posible vendedor de órganos en países en vías de desarrollo, lo mismo que de las madres gestantes, o de los hijos mejorados, o de los moribundos que saben la cantidad de recursos que están consumiendo cuando pueden pedir, legal y limpiamente, que se les mate–. Pero además, esto no responde a la pregunta, porque, ¿es bueno que sean libres? Por otro lado, ¿qué significan que sean derechos? ¿Que no están prohibidos? ¿Que están permitidos? ¿Que han de estar garantizados por los poderes públicos? ¿Que, en principio, son exigibles a terceros todas las actuaciones necesarias para que sea vean satisfechos?

A la atención –relativamente nueva²⁸– del Derecho al ser humano como objeto, y ya no exclusivamente como sujeto, se suma la idea, vieja y extendida, de que el Derecho es, al fin y al cabo, un instrumento de gobierno. El Derecho no debe simplemente limitar al poder político, sino asegurarse de que su ejercicio se orienta al (verdadero) bien común. Por eso en la visión clásica del Derecho se reconocía un vínculo con la moral, que limitaba de manera básica pero insuperable al Derecho. El positivismo jurídico ha negado clásicamente esta dependencia: una cosa es el Derecho y otra la moral; el Derecho puede ser injusto, incluso muy injusto, y no deja por eso de ser Derecho. La sensibilidad de la segunda postguerra buscó una respuesta satisfactoria para todos, una manera aséptica de juzgar la corrección del Derecho, y creyó encontrarla en los

²⁷ Algunas respuestas frecuentes son: que la desigualdad no sería injusta si todos tiene posibilidad de ser mejorados; que siempre va a haber desigualdades, de muy distintos tipos; que el mejoramiento de unos no empeora en sentido estricto a otros. Pero nada de eso es realista, y el Derecho *siempre* debe hacer juicios de realidad.

²⁸ Cfr. POSSENTI, V., *La revolución...*, cit., *passim*; Negro, sin embargo, rastrea las raíces hasta mucho más atrás (cfr. *El mito del hombre nuevo*, Madrid, Encuentro, 2009, *passim*).

derechos humanos. Así –parecía–, a pesar de nuestros desacuerdos respecto de las cuestiones fundamentales de la moral, compartíamos la aspiración al respeto a los derechos humanos. Esto ha sido durante muchos años causa de una especial complacencia: sí tenemos una auténtica moral común, plasmada en las declaraciones de derechos humanos, que no necesitan ser fundamentados sino respetados²⁹.

La evolución de los últimos años ha demostrado, sin embargo, que leeremos las declaraciones de derechos humanos según entendamos a su titular³⁰. Es cierto que hasta hace relativamente poco compartíamos unas creencias básicas respecto del ser humano y del mundo³¹; pero en su ausencia, el aparente acuerdo moral plasmado en las declaraciones de derechos humanos ha resultado insuficiente³². Como decíamos, el cambio de paradigma general que echó a andar en la década de los años veinte del siglo XX fue ralentizado en la postguerra, pero no superado³³, y ha derivado hoy en la afirmación de aquella relación entre Derecho y moral, pero invertida: es el Derecho quien determina lo moralmente correcto, porque la moral nadie la conoce objetivamente, pero en el Derecho podemos plasmar unas pautas de comportamiento correcto por escrito –de hecho, eso es el Derecho–. *Grosso modo*, los derechos han pasado de ser un límite moral al Derecho a ser el cauce por el que el Derecho establece la moral: lo que se recoge en forma de derechos está amparado por una cierta presunción de legitimidad. De alguna forma, la idea de que los derechos necesitan un fundamento moral ha derivado en el prejuicio de que todo lo que venga en forma de derechos tiene, necesariamente, un fundamento moral.

²⁹ Para Bobbio, por ejemplo, el problema más urgente para los derechos humanos no era fundamentarlos, sino garantizarlos –no porque el problema del fundamento fuera inexistente, sino porque fue resuelto en la Declaración Universal de 1948– (cfr. BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», en ID., *El tiempo de los derechos* [trad. de R. de Asís], Madrid, Sistema, 1991, pp. 63-84, pp. 63-64).

³⁰ Cfr. GLENDON, M. A., «La soportable...», cit., p. 256 y *passim*; cfr. también *Un mundo nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos* (trad. de P. Pallares), México, FCE, 2011, p. 335.

³¹ MATLARY, J. H., *When Might Becomes Human Right*, Leominster, Gracewing, 2007, pp. 20-21.

³² Ejemplifican esto las dificultades para ratificar la declaración universal de derechos humanos en la ONU a instancias de Rusia hace muy pocos años.

³³ Hitler «perdió la guerra pero ganó la paz», el marxismo perdió la revolución política, pero ganó la revolución cultural. Es una confluencia de factores muy amplia: estructuralismo, Foucault, técnica aplicada al ser humano, etc.

IV. OTROS RASGOS DE LOS NUEVOS DERECHOS

Este olvido del ser humano como realidad previa al Derecho supone una novedad que caracteriza a los nuevos derechos, pero otros de sus rasgos no son nuevos, sino que están ya en derechos de generaciones anteriores. Sin embargo, el cambio en el presupuesto de los nuevos derechos afecta a su significado, por lo que los viejos rasgos no desdichan éste carácter novedoso.

Por ejemplo, es un rasgo habitual entre los nuevos derechos el carácter positivo o prestacional: suelen ser derechos que permiten exigir del poder político una conducta determinada (como ocurre en el amplísimo campo de la protección de la salud). Esto supone que hace falta un poder político fuerte –por lo menos fuerte *ad intra* de la comunidad política–, con muchos tentáculos, capacitado para intervenir. Por otro lado, refuerza la visión de un ciudadano dependiente, que necesita del poder político para su realización personal, y aislado, en una estructura social que evoluciona hacia el atomismo, reduciendo las redes de relaciones a una: la del ciudadano con la administración pública³⁴.

Este carácter prestacional no es exclusivo de los nuevos derechos, pero cuanto más personal o propio de la intimidad de la persona sea el objeto de esta intervención garantista del poder político, más agresiva para el ser humano en cuanto tal resultará³⁵. No es igual que el poder público garantice al ciudadano una vía para acceder a la administración de justicia aunque no tenga recursos (estableciendo un sistema de abogados de oficio, por ejemplo) que que le garantice, por ejemplo, no verse vinculado por una carga que no ha sido elegida libremente, como el cuidado de los padres ancianos, comprometiéndose a cuidarlos por él; o la posibilidad de tener hijos, o que se le va a evitar el sufrimiento (¿por completo?) en caso de padecer una enfermedad grave. En estos últimos casos la intervención garantista es mucho más agresiva para la persona, más incisiva, menos respetuosa del ser humano como realidad previa (al margen de

³⁴ Cfr. por ejemplo, el informe *The Nordic Way* presentado ante el foro Davos en 2011 (<www.globallutmaning.se/wp-content/uploads/sites/8/2011/01/Davos-The-nordic-way-final.pdf> [consultado: 31/05/2017]), que defiende el individualismo como forma de vida que fomenta la autonomía. Esto supone que el Estado asume cargas como, por ejemplo, el cuidado de los padres ancianos, para que los hijos puedan desarrollar libremente su propio proyecto vital. Los nuevos grupos sociales (por ejemplo, en las redes sociales) son efímeros, transitorios y superficiales; no crean auténticas comunidades, sino sólo agrupaciones virtuales de personas que comparten un interés –en el mejor de los casos–, pero no una forma de vida (por lo menos en nuestras sociedades occidentales).

³⁵ Es interesante la crítica a la invasión de la intimidad de Bauman y Donskis en *Ceguera...*, cit., pp. 38-39.

que necesariamente proyectará un juicio sobre la salud, la vida, la muerte y el sufrimiento humanos, las relaciones paterno-filiales y en general familiares, la solidaridad social respecto de los que sufren, la ancianidad, las responsabilidades de los médicos, el ámbito de su conciencia, y un largo etcétera).

Es también frecuente entre los derechos de última generación entenderlos como derechos-valores, metas, muchas veces no propiamente jurídicas, que el Derecho no tiene capacidad para garantizar y que incluso puede que carezcan de trascendencia política (como el adecuado empleo del tiempo libre por parte de los ciudadanos o el acceso a las condiciones necesarias para expresar la propia identidad). Esto contribuye, otra vez, a incrementar las competencias del poder político. Nada nuevo, en realidad: el viejo derecho al trabajo no es en sentido estricto una pretensión exigible ante un juez, y si un gobernante se propusiera en serio asegurarlo limitaría a sus ciudadanos muchísimas libertades. Los valores han entrado en el Derecho ya hace tiempo, y ¿quién lee el significado preciso de ese valor cuando falta un acuerdo previo fundamental? Sin embargo, esta distorsión puede ser ahora cualitativamente distinta: la meta ya no es el pleno empleo (inalcanzable) o la asistencia sanitaria (que dependerá, por lo menos, de que haya presupuesto)³⁶. Entender que la triple paternidad («*three parenting*»), la clonación con fines terapéuticos o la intervención genética en la descendencia, por ejemplo, forman parte de un estado de cosas a realizar (y que el juez ha de exigir que así sea), no sólo desconoce la función propia de los jueces, como hace el derecho al trabajo, sino que implica un fuerte pronunciamiento sobre el ser humano y el mundo –de cuya legitimidad, por otro lado, se puede dudar, dados sus problemas de *pedigree* y de *competence*, como vamos a ver–.

Hay que tener en cuenta que los valores que incorporan los nuevos derechos no son, habitualmente, socialmente mayoritarios ni democráticamente consensuados³⁷. Son más bien propuestas de élites, minorías «en rebelión» ajenas a la vida ordinaria de la inmensa mayoría de la población mundial; éli-

³⁶ De ahí otra crítica que se hace a la inflación de derechos, pero que no es relevante ahora: que una persona tenga derecho a la educación significa que otras tienen que trabajar para pagárselo. Y así otros derechos-prestaciones. Para Veatch, por ejemplo, no tenemos, en principio, derecho a la alimentación, vivienda, cuidado de la salud, etc.; más bien estamos obligados a trabajar para obtenerlos (cfr. VEATCH, H., *Human Rights: Fact or Fancy?*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1985, p. 182).

³⁷ La capacidad del ciudadano medio de intervenir de manera relevante en las decisiones que le afectan como ciudadano de una comunidad política va *in decrescendo*. Por otro lado, ¿quién puede alegar nada ante la falta de legitimidad del Derecho por razón de su contenido cuando no reconocemos criterios objetivos sobre lo bueno?

tes que, desde sus particulares laboratorios de ideas, exportan sus propuestas con la pretensión de que sean amparadas bajo el título de derechos humanos. Porque, al margen del juicio que a cada uno nos merezca, por ejemplo, la intervención genética mejoradora –para lograr personas con más memoria, pongamos por caso, que en general todos consideramos deseable–, no parece ser una necesidad de justicia para la inmensísima mayoría del planeta.

Los valores que subyacen a las últimas propuestas de derechos humanos reflejan, así, muchas veces, un discurso que fluye desde arriba hacia abajo: no responden a reivindicaciones populares, sino que son introducidos en nuestro imaginario ético y jurídico por poderes fácticos y políticos, a través de la vía de la firma de tratados internacionales por los ejecutivos nacionales, por la fuerza que ejercen grupos de presión respaldados por fuertes intereses económicos, que no representan a los ciudadanos pero tienen recursos y forman parte del «*establishment*» o sistema establecido; por pronunciamientos de *soft law* de instituciones internacionales y supranacionales, o por interpretaciones re-creadoras de derechos clásicos que hacen algunos jueces, muchas veces internacionales o supranacionales, con dudosa legitimidad, pues la función del juez es garantizar el derecho del pasado, no decidir sobre las directrices políticas para el futuro³⁸. Cuestión distinta es si en nuestras sociedades postdemocráticas consideramos reproachable ese déficit democrático o, por el contrario, preferimos abdicar en manos de los técnicos o los expertos; pero esto no es lo que aquí nos ocupa.

En tercer lugar, en los nuevos derechos encontramos también nociones propias de nuestra época de vulgarismo jurídico, en la que parece que las respuestas del Derecho son de blanco o negro, sin matices. Así, por ejemplo, si algo no está prohibido puede llegar a entenderse como objeto de un derecho³⁹ (incluso fundamental: en los casos de conductas despenalizadas, por ejemplo, depende del fundamento jurídico en que se haya amparado la despenalización; aquí también hay diferencias importantes entre las distintas culturas jurídicas). A grandes rasgos se podría decir que el Derecho ha pasado de tratar de proteger lo propio (suyo de

³⁸ Cfr. FINNIS, J., «Judicial Power: Past, Present and Future» (January 4, 2016). *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper* No. 1604; *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 2/2016. (<<https://ssrn.com/abstract=2710880>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2710880>>), *passim*. Jueces, por otro lado, que viven en nuestro mundo, y por tanto pueden tener más o menos dificultades para mantener su independencia ante la influencia de fuertes grupos de presión, los intereses económicos y políticos en juego o las exigencias de la corrección política o de los propios jueces. Además, también a los jueces afecta el vulgarismo jurídico (y a los abogados cuando alegan, a los profesores de Derecho cuando lo enseñan...)

³⁹ Cfr. OLLERO, A., «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho*, 66 (2012/1), pp. 49-62 y 57-59.

cada uno), a tratar de proteger lo necesario (porque si es necesario sería posible entenderlo en algún sentido como propio, en virtud de un título no estrictamente jurídico); después lo bueno (porque, al fin y al cabo, todo lo bueno puede ser entendido como necesario para la realización personal) y, por último, lo deseable (ya que pretender identificar un criterio objetivo sobre el bien puede reflejar una postura ética imperialista), que puede ser cualquier cosa no prohibida.

Esto encaja en un Derecho como el de nuestros días que parece querer pronunciarse sobre todo, aunque sea simplemente con el silencio. Como el derecho a todo no es posible (y todo puede llegar a ser deseable, según para quien) y, por otro lado, somos reacios a reconocer un criterio objetivo de reparto que identifique lo propio de cada uno, merecedor de respeto jurídico, tendemos a admitir que es al poder político a quien corresponde definir el objeto de cada derecho. Los derechos, por tanto, no son estrictamente nuestros, sino que se nos dan: si no tienen un criterio de definición propio, su perímetro será el que marque el legislador cuando nos los concede. Esta evolución se inserta, entonces, en la tendencia actual un poder político profundamente interventor en la vida social, regulador de todos sus aspectos.

También es propio de los nuevos derechos el carácter horizontal: son mucha veces derechos frente a otra persona particular (el médico, el conductor del autobús, el vendedor, el padre, el marido o la mujer, el profesor) garantizados por el poder político. El espíritu que anima este enfoque podría ser más o menos éste: no tenemos que protegernos del poder político, sino más bien del poder donde realmente esté, que puede ser muy cerca de nosotros mismos; al fin y al cabo, todos los vínculos que no hemos asumido libremente (naturales, sociales, familiares) nos limitan.

La horizontalidad de los derechos no es, otra vez, un rasgo exclusivo de los nuevos derechos. Sin embargo, la atención de las nuevas propuestas de derechos al ámbito de la personal o de lo más íntimo puede hacer que ese carácter horizontal sea más agresivo para las relaciones sociales naturales: no es lo mismo entender que el derecho a la intimidad del trabajador también le protege ante el empresario, que entender que las obligaciones para con la propia madre anciana pueda ser un obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad, o que recibir la educación primaria en un idioma y no en otro puede ser alegado como obstáculo para el derecho de acceso a la cultura, o que ser educado por unos padres veganos –o que no se preocupan de suprimir de la dieta de sus hijos un tipo de grasas, por qué no– es un atentado contra el derecho a la salud. Si a esto sumamos la idea –vaga pero real– de que todos tenemos derecho a que todos los demás cumplan sus obligaciones –y así el

pasajero del autobús urbano puede ver en todo momento a qué velocidad conduce el conductor, para poder denunciarlo en caso de que exceda los límites permitidos— el litigio de todos contra todos está servido, y desde la proporción de lácteos que debe estar presente en un menú de un comedor escolar, hasta el destino de unos embriones crioconservados sobre los que sus padres no se ponen de acuerdo, puede ser objeto de decisión judicial.

Por último, es característico de los nuevos derechos su tendencia a ocupar el lugar de una ética o moral social desdibujada y adormecida. El Derecho siempre se ha apoyado en un sustrato previo, social, y por eso los derechos siempre han reflejado, al fin y al cabo, un juicio más o menos básico sobre el bien y el mal, lo correcto y lo incorrecto. Sin embargo, la nueva ética que trazan los nuevos derechos es, más que un reflejo de una ética previa, una proposición. En España, por ejemplo, la percepción social del juicio ético sobre el tabaco cambió en muy pocos años desde que se prohibió fumar en lugares públicos. El planteamiento que lo explica podría resumirse en algo así: el Derecho es norma, y en virtud de la norma distinguimos el comportamiento correcto e incorrecto —distinción que, nos guste o no, necesitamos en nuestra vida ordinaria—. La norma, por tanto, es para ser cumplida, y en conciencia; de ahí la pretensión del Derecho de hoy de garantizar los derechos vigilando no sólo lo que hacemos, sino también lo que decimos y casi lo que pensamos (así, la actualidad del discurso del odio, de la identificación de conductas motivadas por intenciones discriminatorias, etc.)⁴⁰.

Que los nuevos derechos supongan una nueva ética no significa que sean una manifestación más de la cultura de los derechos humanos, que, a falta de

⁴⁰ A esto se podrían sumar dos factores distintos pero que pueden terminar convergiendo: por un lado, el carácter exclusivamente personal o privado del objeto de algunos derechos hace difícil la alteridad propia de los derechos, de tal forma que, en algunos casos, prácticamente lo único que el juez puede exigir a la otra parte de la relación jurídica es un juicio aprobatorio. Garantizar un derecho de una persona puede consistir, entonces, en asegurar que otro no tiene un juicio negativo respecto de sus decisiones personales. Por otro lado, en una época de anomía moral parece difícil que descalificar un juicio o una visión del mundo no sea descalificar a las personas que la sostienen, porque si no hay nada objetivamente bueno o debido, lo único que se puede sostener de los juicios es que alguien los mantiene. Al mismo tiempo, todos los tipos de juicios y de opciones pueden llegar a tener la misma relevancia, según la tengan para las personas que los mantienen. El discurso de un centralista, pongamos por caso, podría llegar a ser considerado incitación al odio a personas nacionalistas, y viceversa. Frente a esta visión, propone armonizar el respeto a quienes sostiene opiniones contrarias con la idea de que existe y vale la pena buscar la verdad la declaración promovida por Robert George y Cornel West el 14 de marzo de 2017 («Truth Seeking, Democracy, and Freedom of Thought and Expression», <<https://jmp.princeton.edu/statement>> [consultado: 01/06/2017]).

acuerdo social respecto de las cuestiones fundamentales de la moral, funciona como sustrato ético que permite entendernos en un mundo de extraños bien dispuestos («*friendly strangers*»). Al contrario, la experiencia nos está demostrando que las declaraciones de derechos sólo tienen sentido si partimos de un mínimo ético común compartido, que necesitan, pero no pueden construir. Es posible que en 1948 existiera, pero también es claro que las sucesivas lecturas de la declaración universal de derechos del hombre de 1948 dependen, por lo menos, de cómo se entienda al ser humano.

Así pues, podemos sostener que los nuevos derechos, aunque comparten rasgos con derechos anteriores, no son sólo un paso más en las sucesivas generaciones de derechos, un avance más en la evolución de un instrumento jurídico que va adaptándose a los nuevos tiempos. No son simplemente una manera actualizada de referirse a un derecho previo, de poner al día los comportamientos que incluye o excluye, reflejando el avance de la técnica⁴¹. En los nuevos derechos, al lado de rasgos que están ya en derechos anteriores, hay trazos que indican un cambio de rumbo respecto de los derechos tal y como se habían venido entendiendo hasta ahora, debido, sobre todo, a un cambio en la manera de entender a su titular. Con esto nos separamos de otras voces más autorizadas que explican la última generación de derechos como una más en una evolución (en general positiva, esto es, hacia un futuro mejor), en dónde los nuevos derechos son sobre todo consecuencia de un proceso de liberación de la persona. Fraguados en las comunidades políticas más avanzadas, han de ser exportados después a los países menos favorecidos, en una especie de re-colonización cultural⁴². Tratándose de derechos, cuantos más, mejor.

V. CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE ESTE CAMBIO DE RUMBO

Este giro en la manera de entender los derechos parece sustancial, aunque sea pronto para apreciar todas sus consecuencias. Si el dominio del ser humano en su dimensión biológica, que la ciencia y la técnica parecen

⁴¹ El avance de la técnica o en general de las condiciones de vida no genera por sí solo derechos nuevos: claramente, la video vigilancia o los teléfonos móviles afectan al derecho a la intimidad y a la propia imagen, pero si una norma nueva prohíbe expresamente, pongamos por caso, grabar con el móvil a los alumnos en clase, no es porque exista un nuevo derecho del alumno a no ser grabado durante la clase, sino que es una concreción más del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

⁴² Cfr., por ejemplo, TUE art. 3.5.

permitir, es cierto y total⁴³, entonces la condición humana no es nada en particular, y no es relevante a la hora de configurar los derechos. Si el ser humano no es, al fin y al cabo, más que una muy evolucionada combinación de células, no tiene sentido que los derechos aspiren a proteger lo propio del ser humano. El resultado, probablemente, afectará, a la igualdad, porque sólo en nuestra condición humana somos esencialmente iguales⁴⁴. Así, los nuevos derechos no tratan de representar en su titular a todo ser humano, difícil de definir –y que el Derecho nunca definió; lo presuponía–, sino que son muchas veces derechos de grupos, de roles, de situaciones, de grupos de personas unidas por un interés común –estudiantes, pacientes, investigadores, deportistas, viajeros, etc.– y, en general, derechos vinculados a las políticas de la identidad.

Esta especificación y fragmentación de los derechos no es nueva; sin embargo, en su origen se explicaba precisamente como un modo de garantizar la igualdad (entre hombres y mujeres, entre personas con y sin discapacidad etc.), y no porque se entendiera que la condición de mujer, o persona con discapacidad, etc., diera lugar a derechos realmente distintos. Las condiciones fácticas de esas personas, desfavorecidas, explicaban que para garantizar sus derechos (que les corresponderían en cuanto seres humanos, no por sus circunstancias), hubiera que exigir conductas específicas, aunque no fuera distinto lo que se quería proteger.

Los derechos de la identidad, sin embargo, parecen vinculados precisamente a esa identidad que, por otro lado, no siempre coincide con una situación de desventaja social que necesite ser paliada (los estudiantes, por ejemplo, o los deportistas); de ahí que resulte difícil explicarlo como búsqueda de la igualdad real. Por eso, porque parecen responder a la falta de atención a la naturaleza común del sujeto, pueden tener un efecto de fragmentación de la

⁴³ Es posible que el avance de la ciencia muestre justamente lo contrario: a pesar de que puede desmenuzarse al ser humano por completo, hay algo que se le escapa, que no está ahí explicado. Por ejemplo, la ciencia y la técnica nos pueden explicar el funcionamiento de la memoria y permitir mejorarla genéticamente, pero no son capaces de explicar por completo su significado en la vida de una persona. A lo mejor más memoria no es, por definición, algo necesariamente bueno –al menos no parece entenderlo así Borges–.

⁴⁴ En cuanto conjunto más o menos complejo de células somos indistinguibles de otros conjuntos equivalentes. Pero en la práctica, y claramente para el Derecho, necesitamos distinguarnos, individualizarnos. Si el criterio que empleemos no tiene en cuenta nuestra común naturaleza, el resultado va a implicar un trato desigual entre los seres humanos: así, por ejemplo, las propuestas de que un animal sano pueda ser más merecedor de respeto que un ser humano enfermo.

sociedad: en vez de proteger lo que –por lo menos en principio⁴⁵– interesa o podría interesar a todos, atienden a intereses de grupos, que pueden llegar a ser excluyentes respecto de los intereses de otros grupos⁴⁶. Se atenúa, entonces, la igualdad⁴⁷, como presupuesto claro a partir del cual solía trabajar el Derecho, así como la igualdad en los resultados, ya que habrá que elegir qué intereses de grupo se van a proteger.

La traducción al lenguaje de los derechos de cuestiones personales y privadas, a veces más cercanas a la propia visión omnicomprendiva del mundo que a una relación jurídica, puede producir un efecto multiplicador de esta división social, porque significaría que la fragmentación se da en cuestiones que tienen mucha relevancia para las personas. El resultado es que las cuestiones más personales y trascendentes se llevan a la arena de las guerras culturales, donde buscan el respaldo legitimador de su reconocimiento como derecho, que puede ser incompatible con el reconocimiento de un derecho que proteja la visión contraria. Así, las guerras culturales se amplían incluyendo «guerras jurídicas», y ocupan nuestros tribunales. La solución no es fácil: los jueces muchas veces no tienen elementos jurídicos para apoyar sus respuestas y los desacuerdos se cierran, normalmente, en falso.

Esto nos lleva a otros posibles efectos de esta manera nueva de entender los derechos, en primer lugar, la debilitación de la cosa pública. El titular de los nuevos derechos no es necesariamente un actor político, y el objeto a que

⁴⁵ Pero esto presupone, claro, un juicio sobre la naturaleza humana.

⁴⁶ El mejoramiento, ¿protege un interés de todos? De todo el que pueda llegar a encontrarse en la muy excepcional situación de tener acceso a los medios necesarios para lograr un hijo con una memoria genéticamente modificada extraordinaria. Al derecho de los padres a modificar genéticamente a sus hijos podría oponerse, por lo menos, el derecho del hijo a no verse modificado según un criterio de lo mejor que pueden no compartir (una memoria extraordinaria puede hacer muy difícil superar una experiencia traumática, o simplemente no guardar rencor), o el derecho de los futuros compañeros de oposición, pongamos por caso, a competir en igualdad de condiciones. Es cierto que la naturaleza nos da distintas memorias pero, al margen de otras consideraciones, hay una diferencia importante entre que la diferencia de memoria sea natural y que sea debida a la decisión de otro. La maternidad subrogada, por ejemplo, puede ser instrumento de explotación de la mujer con mucha facilidad.

⁴⁷ La negación de la igualdad de los seres humanos, teórica o práctica, es hoy habitual. En un mundo como el que describe HARARI Y. N., *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, Londres, Penguin Random House, 2017, *passim*), profundamente desigual, la mayoría de nosotros no somos bienvenidos –porque, que el hombre pueda llegar a actuar como Dios no perjudica a Dios, sino a otros hombres–. La igualdad es, también, un argumento de Habermas contra la nueva eugenesia liberal en *El futuro...*, cit., *passim*. En un orden de cosas distinto, pero también relevante, el economista Thomas Piketty sostiene que nuestro mundo se caracteriza por un aumento irreversible de la desigualdad.

se refiere el derecho puede no tener relevancia fuera de su vida estrictamente personal y carecer de interés para la comunidad política. Así, la libertad a que se refieren los nuevos derechos es muchas veces liberación de la personalidad individual, más que libertad en las relaciones e interacciones sociales⁴⁸; nada que en sentido estricto implique una reclamación con trascendencia propiamente política. El ámbito de lo público se vacía de cuestiones propiamente políticas y atiende, como decíamos, a cuestiones privadas hechas públicas. Contribuye también a lo mismo la debilidad de los socialismos, que les ha llevado a asumir como propias banderas culturales o antropológicas, no políticas, aunque realmente no sean de izquierdas, en el sentido tradicional, o aunque sean marcadamente individualistas, como, entre otros ejemplos, el aborto. Por eso los nuevos derechos facilitan la falta de atención al respeto real de los derechos más clásicos, que desaparecen del foco de atención público –aunque como decíamos, sí son hoy afectados negativamente por las decisiones de los que nos gobiernan–⁴⁹.

Otro posible efecto es la afectación al espíritu propiamente jurídico y a la función judicial. A través de los nuevos derechos se busca la protección definitiva de un argumento concluyente, de una «carta de triunfo», para las cuestiones antropológicas más profundas. Esto trae consigo una retahíla de problemas de difícil solución, como es la facilidad con la que entran en el ámbito de los derechos las reglas del juego de las guerras culturales: la presión o la fuerza, no las razones, menos aun estrictamente jurídicas. Resolver las guerras culturales en los tribunales utilizando los derechos como instrumento puede ser no sólo de dudosa legitimidad –como explica Stith, los jueces carecen del respaldo de la voluntad popular, y los legisladores del de la razón–, sino muy difícil, porque entender los derechos como «cartas de triunfo» complica la ponderación⁵⁰. En el ámbito internacional, último peldaño, muchas veces, en la protección de los derechos, a los problemas de *pedigree* a que nos referíamos al comentar el origen de los nuevos derechos se suman los problemas de *competence* de los jueces en su interpretación, que carecen de criterios específi-

⁴⁸ Eso es lo que pasó con la Revolución de 1968, que por eso, a pesar del ruido, amenazó muy poco a los gobiernos o al capitalismo, pero desencadenó un gran cambio ético y cultural que afectó y sigue afectando a las dimensiones personales de nuestras vidas.

⁴⁹ A esto se suma un efecto no de los nuevos derechos sino del simple hecho de su proliferación: donde todo es objeto de un derecho es claro que ser objeto de un derecho no es garantía de una protección especial.

⁵⁰ Cfr. STITH, R., «If Dorothy...», cit., *passim*.

camente jurídicos suficientes para decidir. Los resultados van desde la falta de fidelidad al Derecho establecido, haciéndole decir lo que no dice⁵¹, y el activismo judicial, al descrédito de la función judicial (claro, por ejemplo, respecto de la labor del TEDH en Reino Unido).

En conclusión: los nuevos derechos, referidos muchas veces a cuestiones personales propias de las distintas visiones omnicomprendivas o incluso de la misma naturaleza humana, reflejan un cambio de lugar del ser humano en el Derecho. Esto facilita que el Derecho se parezca a una nueva ética (elitista, por otro lado) y favorece la idea de que para garantizar esos derechos hay que llegar a las conciencias y a los corazones de las personas, y no sólo a los comportamientos externos. Además, puede contribuir a fragmentar la sociedad porque convierte en desacuerdo político-público (ámbito para el que nacen los derechos) las distintas visiones del mundo. Las lleva también al terreno de los tribunales, donde la alteridad del Derecho y los rasgos más propios de la función judicial resultan casi inevitablemente distorsionados. El resultado, por lo tanto, puede llegar ser contrario al espíritu originario de los derechos, porque pueden terminar siendo instrumento del poder sobre el ciudadano. ¿Cómo evitarlo?

Las causas de esta situación exceden, con mucho, al Derecho, y la respuesta a esta pregunta del objeto de estas páginas. Sin embargo, se podría adelantar que el Derecho puede contribuir presentando resistencia en nombre del propio Derecho, como ha hecho en algunas sentencias relevantes. Necesita para ello saber –sus operadores– quién es y cuál es su papel, trabajar desde sus propias fuentes, emplear sus propios nutrientes para definir sus intervenciones; distinguir con precisión las exigencias de los criterios jurídicos, desarrollar un razonamiento jurídico sólido, evitar el vulgarismo jurídico de entender que el Derecho es simplemente la última versión de la última norma⁵²; conocer, también, sus límites. Hemos de ser conscientes, pues, de que el Derecho no resuelve todas nuestras necesidades, es superficial, necesita un acuerdo mínimo social previo para funcionar. Nuestros desacuerdos no se resuelven convirtiéndolos en derechos y acudiendo a un tribunal de justicia cuando no son cuestiones materialmente justiciables.

⁵¹ Cfr. SCALIA, A. y MANNING, J. F., «A Dialogue on Constitutional and Statutory Interpretation», *The George Washington Law Review* 80, 6 (2012), pp. 1610-1619, *passim*.

⁵² Que parece ser la visión del Derecho que transmitimos a nuestros estudiantes.